

DENÚNCIA N. 833256

Denunciante(s): Repremig Representação e Comércio de Minas Gerais LTDA e OKI DATA do Brasil Informática Ltda..

Apenso: Denúncia n. **836942**

Jurisdicionado: Secretaria de Estado de Saúde

Responsáveis: Jorge Luiz Vieira, Belmiro Gustavo Ribeiro, Marcelo Gouvêa Teixeira, Hélio Hamilton Garcia Júnior e Mirtes Lourenço Leal

Procurador(es): Luciana Silva Carmargo Barros OAB/MG 63.585; Luciana Miranda de Souza Clímaco, OAB/MG 63.483; Endrigo Ortênzio Lopes, OAB/MG 120.985; Fabiano Machado Reis Moretzohn Moraes, OAB/MG 104.839; Ludmylla Souza de Oliveira Silva, OAB/MG 99.621;

MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria

RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA

DENÚNCIA. PRELIMINARES. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO GESTOR. AFASTADA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL. PREJUDICIAL DE MÉRITO. DESACOLHIDA A PRESCRIÇÃO ARGUIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL. MÉRITO. NÃO COMPROVAÇÃO DE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Não é vedada a escolha pela Administração na aquisição de produto que possui mais de uma tecnologia, porém a opção deve estar justificada no procedimento licitatório. Todavia a ausência de justificativa por si só não gera dano ao erário;
2. Não é irregular a exigência de certidão negativa de débito, sem indicação expressa da possibilidade de apresentação da certidão positiva de débito com efeitos de negativa, uma vez que o Código Tributário Nacional equipara esta certidão, quanto aos seus efeitos, à certidão negativa de débito;
3. Nos termos da resposta à Consulta n.732557, a *Lei n. 10.520/02 pode ser* regulamentada no âmbito dos municípios por meio de decreto, o qual estabelecerá procedimentos específicos e suplementará eventuais lacunas, mormente no que tange ao modo de operacionalização do pregão eletrônico, bem como adotar o rol de bens e serviços comuns existentes ou criar outro desde que condizentes com a aludida lei federal;
4. Em função da complexidade ou do vulto do objeto a ser licitado, caberá à Administração, por ocasião do planejamento da licitação, avaliar a conveniência e a oportunidade em torno da admissão ou não de consórcios, sendo recomendável que apresente justificativa para sua opção.

Primeira Câmara
26ª Sessão Ordinária – 12/09/2017

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncias n. 833256 e n. 836942, que se encontram apensadas por conexão de matéria, formuladas, respectivamente, pelas empresas REPREMIG – Representação e Comércio de Minas Gerais Ltda e OKI DATA do Brasil Informática Ltda. em face do edital do Pregão Presencial n. 116/2009, realizado pela Secretaria de Estado da Saúde, cujo objeto é o registro de preços para aquisição de equipamentos de informática e eletrônicos diversos.

Em síntese, as denunciantes alegaram que o instrumento convocatório restringiu a competitividade do certame ao especificar que as impressoras multifuncionais deveriam utilizar o método de fotossensibilização a *laser*, sendo que as impressoras que possuem o método de fotossensibilização a LED são equivalentes àquelas do ponto de vista funcional, de modo que a Secretaria de Estado de Saúde deveria admiti-las.

A unidade técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas manifestaram-se, respectivamente, às fls. 137/151 e 154/156, ambos pugnando pela intimação da denunciada para complementar a instrução processual, tendo sido encaminhada a documentação de fls. 163/1510.

A Unidade Técnica emitiu relatório de fls. 1513/1523 e o Ministério Público manifestou-se preliminarmente às fls. 1526/1527.

Foram citados os Srs. Marcelo Gouvêa Teixeira e Belmiro Gustavo Ribeiro que apresentaram defesa às fls. 1539/1547.

O Sr. Jorge Luis Vieira, embora regularmente citado, não apresentou defesa.

A Unidade Técnica emitiu relatório às fls. 1594/1610 e pugnou pela citação da Sra. Mirtes Lourenço Leal, que apresentou defesa às fls. 1629/1634 e do Sr. Hélio Hamilton Garcia Junior que apresentou defesa às fls. 1645/1647.

A Unidade Técnica manifestou-se às fls. 1649/1652.

O Ministério Público, às fls. 1653/1655, pugnou pelo retorno dos autos à Unidade Técnica para apuração de possível dano.

A Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal manifestaram-se conclusivamente, às fls. 1657/1660 e às fls. 1661/1666, respectivamente.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1 - PRELIMINARES

1.1 – Exclusão de responsabilidade

Em sede de preliminar o Sr. Marcelo Gouvêa requereu a exclusão de sua responsabilidade, às fls. 1539/1542, nos seguintes termos:

Conforme se observa nos autos do processo e documentos anexos a autorização para abertura do Pregão Presencial nº 116/2009 (fls. 711) ocorreu dia 05/03/2010; a Publicação do Aviso de Licitação nos jornais “Diário Oficial de Minas Gerais” e “Diário do Comércio” (fls. 712/716) ocorrerão (sic) respectivamente no dia 10/03/2010 e o extrato da homologação (fls. 1294) ocorreu dia 12/05/2010.

Desta feita, a abertura do processo, bem como sua homologação aconteceu no ano de 2010, período este que o **Sr. Marcelo Gouvêa Teixeira** já estava desvinculando da Secretaria de Estado de Saúde, conforme demonstrado na Declaração da Secretaria de Estado de Saúde, em anexo.

Conforme se observa na Declaração da Secretaria de Estado de saúde o sr. Marcelo Gouvêa Teixeira foi servidor da SES no período de 07/03/2003 à 03/09/07 (sic), exercendo o cargo de Secretário de Estado de Saúde no período de **31/03/2006 à 01/01/2007** (sic).

Pelo exposto, houve equívoco na inclusão do **Sr. Marcelo Gouvêa Teixeira** no rol de responsáveis deste processo, visto não ser Secretário de Estado de Saúde, ou servidor lotado na Secretaria de Estado de Saúde, na época dos fatos.

Diante de todo o exposto, submetemos a esse Douto Tribunal as considerações ora apresentadas, certos de sua aceitação, conforme amplamente justificado e ao final seja excluído o nome do Sr. Marcelo Gouvêa Teixeira de rol de responsáveis no âmbito deste processo.

Análise

A Unidade Técnica, às fls. 1596/1597, considerou que ficou comprovado que o Sr. Marcelo Gouvêa Teixeira não teve participação no processo licitatório em tela e concluiu pela exclusão de sua responsabilidade.

Isso posto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, excluo o Sr. Marcelo Gouvêa Teixeira da relação processual.

1.2 - Inconstitucionalidade

O Ministério Público alegou que a norma que estabelece um prazo de oito anos para ocorrência da prescrição em processos autuados até 15 de dezembro de 2011 é inválida, pois visa alcançar fatos já regulados pela lei anterior (LC nº 120/2011), sendo, portanto, inconstitucional o art. 118-A, II, da LC n. 102/2008, com redação dada pela LC nº 133/2014, em síntese, nos seguintes termos:

Com efeito, os fatos ocorridos anteriores à vigência da LC n. 133/2014 devem ser tratados no contexto da norma vigente à época da conduta. Como a lei nova amplia o prazo prescricional para 8 anos para os processos autuados até o dia 15 de dezembro de 2011, temos um caso de inconstitucionalidade por afronta à regra de que lei com natureza penal em sentido amplo não pode retroagir para prejudicar o “réu”.

Seguindo esta lógica, mesmo que a conclusão do transcurso do prazo prescricional tenha ocorrido depois, a lei anterior (LC n. 120/2011) deve ser aplicada ao caso, ou seja, o prazo de 5 anos deve prevalecer, e não o de 8 anos. Conforme já demonstrado, a regra do prazo prescricional de 8 anos para os processos autuados até 15/12/2011 fere o princípio da segurança jurídica.

[...]

Feitas estas considerações, por tratar-se de regra de lei administrativa com natureza penal em sentido amplo, o mandamento contido no art. 118-A da LC n. 133/2014 não pode ser aplicado de forma a retroagir seus efeitos, sob pena de prejudicar o pólo passivo nos processos que tramitam no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Dessa forma, diante do fato da causa interruptiva prevista no art. 110-C, § 1º, inciso V, da Lei Complementar nº 102/2008, ter ocorrido em 07/04/2010, e até a presente data ter

¹ Nota-se que estamos nos referindo à redação vigente antes do advento da Lei Complementar

havido o transcurso de mais de 5 anos sem que tenha sido proferida decisão de mérito, o Ministério Público conclui que o poder punitivo do Tribunal de Contas do Estado encontra-se prescrito.

Análise

Quanto à alegação acerca da inaplicabilidade dos dispositivos da Lei Complementar n. 102/2008 que disciplinam a prescrição no âmbito deste Tribunal, ressalto que o Plenário da Casa já se manifestou sobre o tema ao apreciar os Recursos Ordinários nº 838.834 e 924.171, no Julgamento da Sessão do dia 13/08/2014, ambos de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, nos seguintes termos:

Para os processos autuados até 15/12/11, o art. 118-A da Lei Orgânica estabeleceu regra de transição, mantendo em 05 (cinco) anos o prazo da prescrição inicial e da prescrição inercial, caracterizada pela paralisação do feito em um mesmo setor, e fixando em 08 (oito) anos o prazo da prescrição intercorrente. Estabeleceu, ainda, em 05 (cinco) anos o prazo de prescrição do recurso, o qual, na vigência do entendimento anterior, era de 10 (dez) anos, uma vez que o prazo decenal adotado pelo Tribunal Pleno voltava a correr por inteiro após a interrupção pela decisão de mérito recorrível.

Esclarecidas essas questões, conclui-se que são improcedentes as razões apresentadas pelo Recorrente de que as Leis Complementares nos 120/11 e 133/14 não poderiam prever, para os processos já em tramitação, novos prazos prescricionais e marcos interruptivos da prescrição, sob pena de desconstituir situações já consumadas antes da sua entrada em vigor.

Isso porque o critério adotado pelo Tribunal, diante da lacuna existente na legislação mineira, não pode vincular a atuação do Poder Legislativo, que é o órgão competente para definir os prazos prescricionais aplicáveis no âmbito desta Corte. Noutro falar, não se pode considerar que o legislador está jungido à integração de normas realizada isoladamente por uma das Câmaras desta Corte de Contas.

Não há que se falar, nesse caso, em ofensa à segurança jurídica, especialmente se considerarmos que antes da entrada em vigor das Leis Complementares nos 120/11 e 133/14, não havia entendimento firmado no âmbito desta Corte que pudesse gerar qualquer expectativa legítima nos jurisdicionados do Tribunal.

Trata-se, portanto, de situação diversa da ocorrida em relação à Lei Complementar nº 118/2005, trazida à baila pelo Recorrente, a qual reduziu o prazo prescricional para o ajuizamento das ações de repetição de indébito dos tributos sujeitos a lançamento por homologação para 05 (cinco) anos e concedeu efeitos retroativos a esse novo prazo, tendo em vista que, naquele caso, estava consolidada a orientação do Superior Tribunal de Justiça “no sentido de que, (...), o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador” (fl. 07).

Afasto, assim, a inconstitucionalidade do disposto no art. 118-A da Lei Orgânica do Tribunal. (destaquei)

Afastada a alegação quanto à inaplicabilidade da legislação que regula a prescrição no âmbito desta Corte, passa-se à análise da ocorrência da prescrição no caso em apreço

nº 133/2014, pelas razões apresentadas e defendidas ao longo deste parecer.

2 - PREJUDICIAL DE MÉRITO

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em sede de prejudicial de mérito, alegou a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, com fundamento na Lei Complementar n. 120/2011, pelo decurso de tempo superior a **cinco anos** desde a autuação dos autos.

Verifica-se que a hipótese prescricional pretendida pelo *Parquet* não encontra amparo na Lei Complementar n. 133, de 05/02/2014, que alterou a Lei Complementar n. 102, de 17/01/2008, Lei Orgânica deste Tribunal, modificando a disciplina do instituto da prescrição no âmbito desta Corte de Contas.

Releva destacar, por oportuno, as inovações trazidas pelo citado diploma legal, como o acréscimo do art. 118-A à Lei Complementar n. 102/2008, que definiu o seguinte:

Art. 118-A. Para os processos que tenham sido autuados até 15 de dezembro de 2011, adotar-se-ão os prazos prescricionais de:

I – cinco anos, contados da ocorrência do fato até a primeira causa interruptiva da prescrição;

II – oito anos, contados da ocorrência da primeira causa interruptiva da prescrição até a primeira decisão de mérito recorrível proferida no processo;

III – cinco anos, contados da prolação da primeira decisão de mérito recorrível até a prolação da decisão de mérito irrecorrível.

Parágrafo único. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas para os processos a que se refere o *caput* prescreverá, também, quando a paralisação da tramitação processual do feito em um setor ultrapassar o período de cinco anos. (destaquei)

Cabe mencionar, ainda, as causas interruptivas da prescrição adotadas no âmbito desta Corte, nos termos do art. 110-C da Lei Complementar n. 102/2008, com redação dada pelo art. 9º da Lei Complementar nº 120, de 15/12/2011:

Art. 110-C. São causas interruptivas da prescrição quaisquer atos do Tribunal de Contas que denotem o exercício de sua pretensão fiscalizatória.

§ 1º Consideram-se atos de exercício de pretensão fiscalizatória, para fins de interrupção da prescrição:

I – despacho ou decisão que determine a realização de inspeção cujo escopo abranja o ato passível de sanção a ser aplicada pelo Tribunal de Contas;

II – autuação de feito no Tribunal de Contas nos casos de prestação e tomada de contas;

III – autuação de feito no Tribunal de Contas em virtude de obrigação imposta por lei ou ato normativo;

IV – instauração de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas;

V – despacho que receba denúncia ou representação;

VI – citação válida.

§ 2º Interrompida a prescrição da pretensão punitiva na ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no § 1º, o prazo recomeçará a contar, do início, uma única vez.

No presente caso as denúncias foram admitidas no dia 07/04/2010 (n. 833256) e 18/05/2010 (n. 836942), nos termos dos despachos do Conselheiro Presidente, respectivamente, às fls. 134 e 117, portanto não se enquadra na hipótese prescricional prevista na mencionada lei. Tampouco, se verifica a paralisação da tramitação por período superior a 5 anos.

Assim, não acolho a prejudicial de mérito arguida e passo à análise do mérito.

3 - MÉRITO

Passo ao exame das irregularidades apuradas pela Unidade Técnica no Pregão Presencial n. 116/2009:

3.1 – Restrição à ampla concorrência, tendo em vista a exclusão do objeto do certame de impressoras que utilizam o método de fotossensibilização a LED

A Unidade Técnica, às fls. 138/146, considerou irregular limitação no edital de impressora com tecnologia a *laser*, por considerar que tal opção pela Administração não foi amparada em critérios técnicos, em síntese nos seguintes termos:

De todo o exposto, em que pesem as conclusões do parecer nº 11677-301 já citado anteriormente, emitido pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas, entidade idônea, imparcial, capacitada; entende esse órgão técnico que pode a Secretaria de Estado de Saúde apresentar fundamentação, abordando aspectos técnicos, qualitativos, de custo-benefício, que justifique a exclusão de impressoras à LED do certame, não sendo suficientes as explicações constantes do memorando 173/2010, formulado em resposta a Impugnação de Edital feita pela ora denunciante.

Defesa

O Sr. Belmiro Gustavo Ribeiro, Superintendente de Gestão alegou, às fls. 1.549/1.551, o seguinte:

A guisa de introito, salienta-se que a decisão da escolha da impressora que possui a tecnologia “laser” em detrimento a de “Led”, foi tomada considerando e respaldada em critérios técnicos que fogem da alçada desta Superintendência.

[...]

Por derradeiro, convém consignar que a escolha da impressora a ser licitada refere-se à tecnologia empregada no sistema de impressão e não está relacionada a qualquer marca ou direcionamento a determinado fabricante, o que é vedado pela Lei Federal 8.666/93 (art. 7º, §5º).

Em tempo, diante do princípio do contraditório e da ampla defesa e que considerando que os atos praticados por esta Superintendência foram praticados considerando as orientações do setor técnico desta Secretaria, caso seja o entendimento do ilustre Conselheiro-Relator, que seja intimado o Gerente de Tecnologia da Informação da SES/MG para apresentar as justificativas técnicas consoante a exclusão das impressoras que utilizam o método de fotossensibilização a LED.

A Unidade Técnica no exame de fls. 1608/1609 concluiu que os responsáveis pela irregularidade em tela eram a Sra. Mirtes Lourenço Leal, Coordenadora do Núcleo de Materiais e o Sr. Hélio Hamilton Garcia Júnior, Gerente de Tecnologia da Informação, que foram citados e apresentaram defesas, respectivamente, às fls. 1629/1634 e 1645/1647.

Na defesa a Sra. Mirtes Lourenço Leal alegou, em síntese, o seguinte:

[...]

A manifestação técnica imputou à ora defendente, Mirtes Lourenço Leal, a autoria do MEMO CTI/SG nº 173/2010 (fls. 36/37) e, conseqüentemente, a feitura de defeituosa e insuficiente justificativa técnica (o memorando citado) relativa à “escolha da impressora a LASER em detrimento da impressora à LED”.

[...]

Ocorre que a afirmação da CFEL decorre de equívoco insuperável quanto à autoria do referido memorando.

Com efeito, a análise do MEMO GTI/SG nº 173/2010 (e não CTI, como referido na manifestação da CFEL), juntado às fls. 36/37 dos autos, permite inferir que o mesmo emanou da Gerência de Tecnologia da Informação, órgão integrante da Superintendência de Gestão.

[...]

Por fim, às fls. 37, é possível verificar o VERDADEIRO AUTOR do documento, que o assina, o Gerente de Tecnologia da Informação/SG, Sr. Hélio Hamilton Garcia Júnior.

[...]

Ressalte-se que a emissão de tais pronunciamentos sobre aspectos técnicos de equipamentos, softwares, etc, incumbe, por determinação regulamentar, à Gerência de Tecnologia da Informação, conforme disposto no inciso V do art. 12 do Decreto nº 45.812, de 2011.

[...]

Na defesa apresentada, fls. 1645 a 1647, o Sr. Hélio Hamilton Garcia Júnior manifestou-se:

[...]

No que diz respeito ao aspecto técnico da escolha da impressora a Laser em detrimento da impressora a Led, em momento nenhum se visou restringir a ampla concorrência do certame, mas a equipe técnica da Gerência de Tecnologia da Informação à época do fato, coordenada pelo Sr. Rafael Guimarães Marri, optou pela tecnologia a Laser, por ser mais difundida no mercado, e de maior conhecimento de técnicos de informática, que para dar manutenção nos equipamentos teriam mais facilidade e conhecimento da tecnologia a Laser.

Isso porque as impressoras a serem adquiridas eram para atender projetos especiais do Governo, tendo um ano de garantia, e seriam doadas aos 853 Municípios do Estado de Minas Gerais. Assim, após o fim da garantia os equipamentos, a manutenção técnica nos mesmos, seria feita por técnicos das prefeituras ou empresas contratadas, que teriam dificuldades em relação ao suporte em impressoras Led.

[...]

Portanto, no aspecto técnico ressalta-se que o mercado para o suporte e manutenção dos equipamentos que utilizam o método de fotossensibilização a laser é muito mais amplo em relação aos equipamentos que utilizam o método de fotossensibilização a LED, como já mencionado, por esta se tratar de tecnologia nova no mercado e ainda não totalmente difundida; e que a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, não utiliza para serviços de impressão nenhum equipamento com tecnologia (de impressão) LED monocromático.

[...]

Análise

A Unidade Técnica considerou procedentes os argumentos apresentados pela Sra. Mirtes Lourenço Maia, e concluiu pela exclusão de sua responsabilidade, pois na documentação, acostada às fls. 36/37, MEMO GTI/SG nº 173/2010, consta um parecer técnico sobre a impressão usando tecnologia de fotossensibilização a *laser* e a LED, que se encontra assinada pelo Sr. Hélio Hamilton Garcia Júnior.

Com relação à defesa apresentada pelo Sr. Hélio Hamilton Garcia Júnior, a Unidade Técnica concluiu o seguinte:

O responsável pela especificação técnica, Sr. Hélio Hamilton Garcia Júnior, Gerente de Tecnologia da Informação/ SG, à época, formula a defesa sem apresentar qualquer justificativa técnica para que não se aceitassem impressoras usando a tecnologia de fotossensibilização a Led, repetindo quase o inteiro teor da resposta, fls. 794 a 795, à impugnação da ora Denunciante.

Também, não traz nenhuma comprovação da suposta maior capacitação dos técnicos para dar manutenção nas impressoras com fotossensibilização a Laser.

E, ainda, faz referências a projetos especiais do Governo de forma genérica e imprecisa, o que não mostra para o deslinde da questão desse processo quaisquer indícios que somente as impressoras usando fotossensibilização a laser supririam o resultado almejado.

Dessa forma, entende-se que persiste a restrição irregular à competitividade por impedir que fossem apresentadas propostas de impressoras com fotossensibilização a Led, para os itens 07 e 12 do Termo de Referência.

Por consequência, sendo o Sr. Hélio Hamilton Garcia Júnior, Gerente de Tecnologia da Informação/ SG, à época, o responsável pela introdução da restrição irregular à competição no Pregão Presencial para Registro de Preços nº 1321603 – 000116/2009, entende esta Unidade Técnica, que a ele possa ser aplicada sanção administrativa, nos termos do art. 83 da Lei Complementar, nº 102, de 2008 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

Em que pese a conclusão da Unidade Técnica, analisando as nuances deste caso concreto, considero que não foram trazidos elementos suficientes para demonstrar que, de fato, a impressora a LED traria maiores benefícios técnicos e financeiros à Administração.

Ademais, deve-se considerar que não é vedada à Administração a escolha que lhe convém na aquisição de equipamentos que envolvem mais de uma tecnologia, devendo a escolha ser fundamentada.

Conforme justificou o Sr. Hélio Hamilton Garcia Júnior a Administração optou pela tecnologia a laser, por ser mais difundida no mercado, e de maior conhecimento de técnicos de informática, que para dar manutenção nos equipamentos teriam mais facilidade e conhecimento da tecnologia a laser.

Ressalte-se que, a pedido do Ministério Público junto ao Tribunal, a Unidade Técnica promoveu um estudo de eventual prejuízo decorrente da opção pela Administração da impressora laser, tendo concluído o seguinte, às fls. 1657/1659:

Há que se considerar ser muito grande o lapso temporal entre a data da realização da licitação para registro de preços e a pesquisa sugerida pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Observe-se que já se passaram mais de 7 (sete) anos.

Dessa forma, tendo em vista se tratar de equipamento de tecnologia de informática, essa comparação seria quase impraticável, em razão da rapidez com que essas tecnologias mudam e determinam uma velocidade muito grande na queda dos preços.

Atente-se que todos esses produtos eletrônicos, destinados, regra geral, ao manuseio de informações, veja-se os “smartphones”, sofrem uma obsolescência rápida e impactante, e por conseguinte queda de preços.

Sabido é que, a evolução rápida dos produtos de informatização, conjugada com as variações de preços protagonizadas no Brasil, pela desvalorização da nossa moeda, fortemente, desde 2014, implicam uma diversidade da precificação desses produtos, que quase os torna incomparáveis no tempo, em razão do custo-benefício do resultado a se alcançar.

Em consulta aos autos deste Processo, observam-se os seguintes preços orçados pela Administração Pública, para impressoras a laser, usados como referenciais para a estimativa de preço, nas fls. 244, 246 e 255:

Em	Nº. Fl.	Marca	Modelo	Valor	Data
	244	HP	Não descrito	R\$1.920,00	01/10/2009
	246	Lexmark	E360DN	R\$1.870,00	01/10/2009
	255	Xerox	Phaser 3250DN	R\$1.970,00	01/10/2009

2017, consultando a internet, foram encontrados variados preços para as tecnologias de

impressoras a laser ou a LED.

A título de exemplo foram encontrados os seguintes preços, em 06/03/2017: para a multifuncional a LED da Oki Data (modelo MB491), o valor de R\$2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), no site do Mercado Livre; e para a multifuncional a laser: HP (modelo Laserjet PROM132FW) o valor de R\$1.799,00, no site Lojas Americanas; Lexmark (Modelo MX410DE) o valor de R\$1.699,00, no site www.kabum.com.br; e Xerox (Modelo Workcentre 3215NIB Mono) o valor de R\$1.577,00, no site do Mercado Livre.

À primeira vista parece que as impressoras a laser teriam preços menores quando da realização do Pregão Presencial, o que nos levaria à conclusão pela não ocorrência do dano ao erário.

Porém, tal assertiva poderia nos levar a uma conclusão em errônea, pois os preços verificados hoje podem não ser o retrato daquele ano de 2010.

E, ocorre que somente esses preços não nos permitem sermos conclusivos sob a melhor opção ser tecnologia LED ou Laser.

Diante de todo o exposto, considero que não há elementos nos autos para se afirmar que houve irregularidade na escolha pela Administração da impressora com tecnologia a laser.

3.2 – Exigência de Certidão Negativa de Débito

A Unidade Técnica considerou irregular a “restrição a habilitação somente àqueles interessados que possuíssem certidão de quitação de tributos ou certidão negativa de débito (item 11.10 do edital), o que fere o princípio da isonomia e priva os licitantes que possuem situação de regularidade fiscal, mas não possuem referidas certidões, de participarem do certame. Sendo certo que o art. 29, III da Lei 8666/93 alude à “regularidade”, que abrange a existências de débito consentido e sob controle do credor. E não à “quitação”, que é a ausência de débito.

Defesa

O Sr. Belmiro Gustavo Ribeiro, Superintendente de Gestão, argumenta à fl. 1.552:

Nesse diapasão, conforme se depreende do site a Receita Federal, a “Certidão Conjunta Negativa de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União” somente será emitida quando for verificada a regularidade fiscal do sujeito passivo quanto aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB e quanto à Dívida Ativa da União administrada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN. Portanto, a regularidade fiscal no âmbito federal se dá pela emissão da CND.

Entretanto, quando o sujeito passivo do tributo federal encontra-se em débito, mas em discussão no âmbito administrativo ou em parcelamento ativo sem atraso, a Receita Federal emite a “Certidão Conjunta Positiva com Efeitos de Negativa relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União”, que conforme extrai da própria nomenclatura, possui efeitos negativos (CND).

Portanto, não há restrição nos casos relatados neste item, inclusive a denunciante em nenhum momento comprovou que houve desabilitação de empresas que apresentaram a certidão positiva de débitos com efeito de negativa ou prejuízo ao certame em virtude da exigência editalícia supramencionada.

Análise

A Unidade Técnica no relatório às fls. 1594/1609, citou vasta jurisprudência e doutrina para fundamentar a ausência de irregularidade no item em tela, tendo concluído, em síntese, o seguinte:

[...]

Logo, considerando a legislação tributária e considerando os entendimentos jurisprudencial e doutrinário, **entende-se que é razoável a exigência de certidão**

negativa de débito, sem indicação expressa da possibilidade de apresentação da certidão positiva de débito com efeitos de negativa, uma vez que o CTN equipara esta certidão, quanto aos seus efeitos, à certidão negativa de débito.

Diante do exposto, este Órgão Técnico, de forma fundamentada e justificada, conclui pela razoabilidade da exigência de certidão negativa de débito fiscal apenas, ainda mais considerando que é de praxe a Administração Pública aceitar a certidão positiva de débito com efeitos de negativa, mesmo não constando expressamente do edital.

Todavia, **esta Unidade Técnica recomenda que a Administração inclua nos seus editais a possibilidade dos licitantes poderem apresentar na habilitação a certidão positiva com efeitos de negativa,** de forma a dar mais transparência aos licitantes e evitar qualquer questionamento a respeito.

Isso posto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, considero que não ocorreu irregularidade no item em análise, recomendando-se, todavia, que em futuros certames a Administração inclua expressamente nos editais a possibilidade de apresentação pelos licitantes da certidão positiva com efeitos negativo.

3.3 – Prazo exíguo para a licitante impugnar o edital administrativamente

A Unidade Técnica considerou que o item 12.1 do edital suprimiu o direito do cidadão e do licitante de impugnar o edital administrativamente no prazo previsto no artigo 41 da Lei de Licitações, ao estabelecer que “esclarecimentos e impugnações aos termos do Edital deverão ser interpostas no **prazo de até 5 (cinco) dias** após a publicação do aviso de edital, dirigidas ao Pregoeiro”.

Defesa

O Sr. Belmiro Gustavo Ribeiro, Superintendente de Gestão alegou à fl. 1.553, o seguinte:

[...] convém consignar que a redação do item 12.1 encontra-se amparada no art. 11 do Decreto Estadual 44.786/2008 que contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, [...]

Portanto, a Secretaria Estadual de Saúde ao conferir a redação do item 12.1 do Edital em epígrafe, obedeceu ao disposto no supramencionada (sic) Decreto, estando, portanto, respaldada no referido ato normativo.

Análise

A Unidade Técnica manteve a irregularidade inicialmente apontada pelos fundamentos abaixo expostos:

O Decreto Estadual nº 44.786/2008 que “contém o Regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais” prevê:

Art. 11. **Até o quinto dia após a publicação do aviso do edital**, contado na forma do parágrafo único do art. 10, qualquer pessoa, inclusive licitante, **poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório do pregão.**

§ 1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas contados da sua protocolização, apoiado pelo setor técnico responsável pela elaboração do edital ou pelo órgão jurídico, conforme o caso.

[...]

§ 4º **A não-impugnação do edital, na forma e tempo definidos, acarreta a decadência do direito de discutir, na esfera administrativa, as regras do certame.** (Grifou-se)

Contudo, o Decreto, por ser mero ato normativo da Administração, não tem como condão o poder de alterar as disposições legais e muito menos de criar uma situação mais severa

para os interessados em impugnar o certame. A sua função é simplesmente de esclarecer, interpretar a lei, auxiliando, desse modo, a aplicação dela ao caso concreto.

Marçal Justen Filho ao analisar o artigo 12 do Decreto Federal 3.555/2000, que regulamenta o pregão em âmbito federal, aduz que referido dispositivo não é ilegal, pois estende o prazo mais benéfico da Lei 8.666/93 a todos os cidadãos, o que não é o caso do Decreto nº 44.786/08.

O regulamento federal do pregão comum unificou em um único dispositivo as soluções contidas nos §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93. Ou seja, adotou-se o prazo único de dois dias úteis para todas as manifestações (inclusive impugnações) acerca do ato convocatório, independentemente da condição do interessado (licitante ou não).

Diga-se desde logo, que a opção consagrada no regulamento federal não é ilegal. Seu fundamento legislativo é o já referido art. 41 da Lei de Licitações. O regulamento federal estendeu a solução menos severa (prevista para os interessados em licitar) para qualquer pessoa. Na Lei de Licitações, se o sujeito não estiver interessado em participar da licitação, o prazo será de cinco dias úteis. O prazo de dois dias úteis é aplicado para os interessados em licitar. O regulamento federal poderia ser reputado inválido se tivesse optado pelo prazo geral de cinco dias úteis, o que configuraria restrição indireta à faculdade de manifestação dos interessados (especialmente porque os prazos de divulgação do pregão são muito reduzidos).” (JUSTEN FILHO, MARÇAL. Pregão- Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico- 4ª ed- Editora Dialética. p.170/171)(grifo nosso)

Cabe ainda destacar trecho de texto publicado na Internet pela Consultoria Zênite, o qual menciona entendimento do Professor Joel Menezes Niebuhr:

De acordo com o Professor Joel, a Lei nº 10.520/02 não regulamenta a interposição de impugnação ao edital. Por isso, em vista dessa omissão legal, seria necessário aplicar a Lei nº 8.666/93 subsidiariamente. O Decreto, por ser mero ato normativo da Administração, não tem como condão o poder de alterar as disposições legais. A sua função é simplesmente de esclarecer, interpretar a lei, auxiliando, desse modo, a aplicação dela ao caso concreto (...)

(<http://www.zenite.com.br/jsp/site/item/Text1Text2AutorDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdcId=1&IntScId=142&IntItemId=44&IntDocId=3532>)

Mencionado texto ainda reforça:

(...) em vista da falta de normas da Lei nº 10.520/02 sobre impugnação ao edital, deve-se aplicar subsidiariamente as normas da Lei nº 8.666/93, sem que os decretos sobre o pregão possam inovar sobre o assunto (...).”

Assim, entende este Órgão Técnico que o artigo 11 do Decreto Estadual nº. 44.786/08 é ilegal, assim o item 12.1 do edital apresentado pela Administração Pública encontra-se eivado de vício, tendo em vista que contrariou a legislação aplicável (artigo 41 da Lei de Licitações).

Em que pese a manifestação da Unidade Técnica, considero que no caso em apreço o gestor, assim como equipe que conduziu o certame, agiu amparado por decreto legislativo e, portanto, não houve intenção de burlar a legislação.

Ressalte-se, por oportuno, que este Tribunal na sessão Plenária do dia 11/06/2008, respondeu à Consulta n.732557 sobre o tema, nos seguintes termos:

1. A Lei n. 10.520/02 poderá ser regulamentada no âmbito dos municípios por meio de decreto, o qual estabelecerá procedimentos específicos e suplementará eventuais lacunas, mormente no que tange ao modo de operacionalização do pregão eletrônico, bem como adotar o rol de bens e serviços comuns existentes ou criar outro desde que condizentes com a aludida lei federal;

2. O decreto regulamentar do pregão, na órbita municipal, poderá prever a adoção da modalidade pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, desde que não necessitem de aferição técnica mais apurada, sejam considerados usuais e rotineiros e a Administração tenha como defini-los nos atos convocatórios das licitações de forma satisfatória;

3. O art. 15 da Lei 8.666/93 prevê a regulamentação do sistema de registro de preços por meio de decreto, a ser editado no âmbito de cada entidade federativa, para fins de adequação às peculiaridades regionais;

4. A regulamentação municipal do sistema de registro de preços poderá incluir a execução de obras e serviços comuns de engenharia, desde que satisfeitos os critérios de divisibilidade do objeto, imprevisibilidade da demanda e que esta seja repetida e rotineira par a Administração Pública, observados, ainda, os princípios que regem as licitações.”

Ademais, compulsando a documentação que instrui os autos, verifica-se que não há indícios de que a Administração tenha inadmitido qualquer impugnação ao edital por intempestiva, sendo assim, na prática, essa irregularidade não se configurou.

Nesse sentido, destaco a decisão do TCU no Acórdão n. 2066/2016, no qual o relator determinou apenas a emissão de recomendação em face de irregularidade apurada no exame de representação e registrou, em seu voto, o Acórdão 3306/2014 Plenário, no seguinte sentido: “*A hipótese de restrição à competitividade não deve ser examinada somente sob a ótica jurídica e teórica, deve levar em conta também se as cláusulas supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade do certame.*”

Isso posto, considero que não cabe a aplicação de sanção ao gestor pela irregularidade apontada no relatório técnico.

3.4 – Vedação à participação de consórcio

A Unidade Técnica considerou irregular o subitem 6.2, “b” do edital que veda a participação de consórcio, tendo registrado o seguinte:

Ressalta-se que, uma vez observados os princípios da motivação e razoabilidade, a Administração poderá demonstrar a conveniência e oportunidade para vedar a participação de empresas reunidas em consórcio, resguardando a efetividade da contratação.

Defesa

O Sr. Belmiro Gustavo Ribeiro apresentou as seguintes alegações às fls. 1553/1555:

Nota-se que da simples leitura do texto legal, patente que a participação de consórcios está vinculada à discricionariedade da Administração Pública. Assim sendo, mesmo que não houvesse alusão alguma a consórcio no Edital do Pregão de Registro de Preços n. 1321603-000116/2009, **estaria vedada a participação de empresas consorciadas devido à natureza singular do objeto licitado.**

Desta feita, quando a Secretaria de Estado de Saúde dispõe expressamente no edital que não permitirá a participação de consórcios, apenas está reforçando uma situação que já está pré-definida, seu objetivo é somente deixar explícito para os licitantes não conhecedores da legislação de que não aceitará a participação de consórcios.

Análise

A Unidade Técnica no reexame considerou que não ocorreu a irregularidade inicialmente apontada, nos seguintes termos:

[...]

Com essas considerações iniciais, esta Unidade Técnica entende que a previsão da participação de empresas em consórcio no edital de licitação está no âmbito do poder

discricionário do administrador público, conforme se depreende do caput do art. 33 da Lei nº 8.666/93:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

Verifica-se, pois, que a participação de consórcio na licitação depende de autorização do administrador público, a quem cabe avaliar a conveniência e a oportunidade em torno da admissão ou não de consórcios, em face do vulto e/ou complexidade técnica do objeto do certame, sempre levando em consideração o interesse público e a motivação dos próprios atos.

Nesse sentido, registre-se:

Na forma do art. 33 da Lei nº 8.666/93, a participação de consórcio nas licitações está condicionada à existência de permissivo nesse sentido no edital. Assim, em um primeiro momento, depende de autorização da Administração.

A finalidade básica em permitir a participação de consórcios é oportunizar a ampliação da competitividade, uma vez que empresas interessadas no certame poderão reunir recursos financeiros e técnicos, em face do vulto de determinados empreendimentos desejados pela Administração, que isoladamente só poderiam ser realizados por poucas empresas ou até, eventualmente, por nenhuma, em particular considerada.

Daí porque, em função da complexidade ou do vulto do objeto a ser licitado, caberá à Administração, por ocasião do planejamento da licitação, avaliar a conveniência e a oportunidade em torno da admissão ou não de consórcios².

Ainda que se considere que o caráter discricionário do administrador público é relativo, e não absoluto (acórdão nº 1678/2006 – Plenário do TCU), dependendo do caso concreto, verifica-se que, no caso dos autos, o objeto do certame (equipamentos de informática e eletrônicos) não se esbarra nas questões de maior vulto e de maior complexidade técnica, a justificar a necessidade de formação de empresas em consórcio para participação na licitação, de forma a unir esforços para se conseguir somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas.

[...]

A nosso ver, as empresas no mercado de fornecimento de equipamentos de informática e eletrônicos têm condições de realizar, sozinhas, o objeto da licitação. Ademais, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão, o que se extrai por analogia do acórdão nº 2295/2005, Plenário do TCU.

O contrário, poderia até prejudicar a competitividade do certame, em virtude de pactos de eliminação de concorrentes que visem ampliar a participação no mercado. Ou seja, nem sempre a participação de empresas reunidas em consórcio garante a competitividade nas licitações; há casos em que o efeito é justamente o inverso.

Diante do exposto, este Órgão Técnico entende que não se vislumbra a irregularidade apontada, contudo, considerando o princípio da motivação, recomenda-se que nos próximos processos licitatórios, o responsável motive a sua eventual vedação de participação de consórcio no procedimento licitatório.

Assim, no presente caso, acompanho o bem fundamentado relatório da Unidade Técnica e considero que não houve irregularidade neste ponto, recomendando que em futuros certames a vedação à participação do consórcio seja motivada.

² Fonte: www.zenite.com.br. PERGUNTAS E RESPOSTAS - 1005/212/OUT/2011.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **em sede de preliminar**, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, excludo a responsabilidade do Sr. Marcelo Gouvêa Teixeira uma vez que ficou comprovado que ele não teve participação no processo licitatório objeto dos presentes autos.

Preliminarmente, afasto a alegação de inconstitucionalidade suscitada pelo Ministério Público

Em sede de prejudicial de mérito, não acolho a prescrição arguida pelo Ministério Público junto ao Tribunal.

No mérito, julgo improcedentes as denúncias e determino o arquivamento dos processos com fundamento no art. 176, I, da Resolução n. 12/2008, com emissão de recomendação à atual Administração para que, em futuros certames, observe as recomendações constantes da fundamentação deste voto.

Intimem-se os responsáveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** na preliminar de exclusão de responsabilidade, excluir a responsabilidade do Sr. Marcelo Gouvêa Teixeira, uma vez que ficou comprovado que ele não teve participação no processo licitatório objeto dos presentes autos em consonância com a manifestação da Unidade Técnica; e afastar a alegação de inconstitucionalidade suscitada pelo Ministério Público; **II)** na prejudicial de mérito, não acolher a prescrição arguida pelo Ministério Público junto ao Tribunal, tendo em vista que as denúncias foram admitidas no dia 07/04/2010 (n. 833256) e 18/05/2010 (n. 836942), nos termos dos despachos do Conselheiro Presidente, respectivamente, às fls. 134 e 117, e portanto não se enquadra na hipótese prescricional prevista na mencionada lei, tampouco, se verifica a paralisação da tramitação por período superior a 5 anos; **III)** no mérito, julgar improcedente a denúncia e determinar o arquivamento dos autos, com fundamento no art. 176, I, da Resolução n. 12/2008, com emissão de recomendação à atual Administração para que, em futuros certames, observe as recomendações constantes da fundamentação desta decisão; **IV)** determinar a intimação dos responsáveis.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho.

Presente à sessão a Procuradora Cristina Andrade Melo.

Plenário Governador Milton Campos, 12 de setembro de 2017.

MAURI TORRES
Presidente e Relator

RB

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

Coord. Sistematização, Publicação das
Deliberações e Jurisprudência